

## Capítulo II

### COMISIONES *AD HOC* Y REORGANIZACIÓN PRODUCTIVA EMPRESARIAL. UNA SOLUCIÓN PARA LAS EMPRESAS SIN REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES

PATRICIA NIETO ROJAS\*

#### 11.1. INTRODUCCIÓN. PRESUPUESTOS PARA SU CONSTITUCIÓN

Una de las principales deficiencias del modelo de negociación colectiva en España es su dificultad para adaptar con prontitud las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas de la empresa o sector lo que frecuentemente provoca que estos ajustes se produzcan a través de la adopción de medidas de flexibilidad externa más traumáticas, como son los despidos, «produciendo un fuerte impacto en nuestro volumen de empleo y en un mercado de trabajo como el español tan sensible al ciclo económico»<sup>1</sup>. Compartido este diagnóstico, convendremos que una de las modificaciones más importantes de la Ley 35/2010 sea la contenida en el art. 41.4 ET que, como es sabido, prevé la posibilidad de crear una comisión «ad hoc» en las empresas que no cuenten, con representación legal.

Esta comisión actuará como el interlocutor de la empresa en los procesos de reorganización productiva empresarial y, al menos, en los términos programáticos contenidos en la Exposición de Motivos de la Ley, con su creación se trata de dotar de mayor eficacia y agilidad a estos procedimientos al tiempo que refuerza la capacidad negocial de los trabajadores en tanto que la empresa no podrá amortizar este período de consultas por la ausencia de representantes legales. Hasta la promulgación del RD Ley 10/2010 la incertidumbre que generaba la ausencia de representantes en la empresa se resolvía de forma esencialmente casuística y la doctrina se encontraba dividida entre quienes sostenían que ante la ausencia de representantes se amortizaba el procedimiento de consultas<sup>2</sup> hasta quienes exigían la realización de consultas con todos los trabajadores y obtener un acuerdo unánime para proceder a la modificación<sup>3</sup>.

---

\* Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid.

EM RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE 11.6.2011).

<sup>1</sup> Vid., BLASCO PELLICER, A. *Los expedientes de regulación de empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 155 a 158. NORES TORRES, L. E. *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*. Madrid: CES, 2000, p. 201 y notas 154 y 155.

<sup>2</sup> Contrarios a amortizar este período al sostener que el art. 51 ET, en ningún momento, exceptúa la obligación del trámite de consultas con los trabajadores. QUIROS HIDALGO, J. "Período de consultas y expedientes de regulación de empleo". AAVV. *Expedientes de regulación de empleo*. Madrid: Civitas, 2009, p. 160; en la misma obra FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. "Expedientes especiales de regulación

Existía, sin embargo, un consenso generalizado en que la ausencia de representantes vedaba la posibilidad de alterar las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo del Título III puesto que el preterito art. 41.2 ET exigía el acuerdo entre la empresa y los representantes para dotar de validez al acuerdo modificativo —aspecto que se mantiene en el texto vigente—, de modo que si no existían representantes legitimados para negociar en la empresa, ya fuesen unitarios o sindicales, la modificación de las condiciones de trabajo contenidas en un convenio colectivo estatutario de ámbito supraempresarial devenía imposible, sin que fuera posible sustituir este requisito con la firma de un acuerdo plural del empresario con cada uno de los trabajadores'.

#### **11.1.1. Ámbito objetivo: exigencia legal de un período de consultas para la adopción de determinadas medidas de alcance colectivo**

Con mayor o menor acierto legal, la reforma laboral iniciada con el RD Ley 10/2010 y su posterior revisión en la vigente Ley 35/2010 intenta ofrecer una solución a lo que sin duda se presentaba como una manifiesta laguna legal que requería de una integración normativa'. Como es de sobra conocido, el ET prevé la apertura de un período de consultas para llevar a cabo determinadas alteraciones de las condiciones de trabajo o la extinción del contrato; este período de consultas se configura como un auténtico proceso de negociación colectiva dado que las partes están obligadas a negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo.

Conforme a nuestro doble canal de representación, la interlocución empresarial podía ser tanto con la representación unitaria como con la sindical siempre que las secciones sindicales tuviesen presencia en el órgano de representación estatutaria, lo cual retorna al mismo presupuesto: de no existir representación legal tampoco podía actuar de forma alternativa la representación sindical. Esta doble titularidad negocial se ha visto modulada en la reciente reforma contenida en el RD Ley 7/2011 en la que, por primera vez, nuestro ordenamiento selecciona al interlocutor al priorizar a la representación sindical en tanto que señala que la intervención como interlocutores ante la dirección

de empleo", p. 322. Entre las posibilidades ante la ausencia de representantes cabe la negociación plural con la totalidad de la plantilla así como la designación de una comisión «ad hoc» que actúe como interlocutor con la empresa (la STSJ Cataluña (Contencioso-administrativo) 8.6.2005 (JUR 40522) admitió esta negociación plural). También se ha admitido una negociación individualizada en un supuesto de descuelgue salarial en base a que de no aceptarse esta posibilidad la cláusula de inaplicación devenía «inaplicable» [STSJ País Vasco 12.52009 (R.º 547/2009)].

º Por todos, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*. Madrid: CES, 1996, p. 116.

º MERCADER UGUINA, J.R. "Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010". GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.). *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 197.

º CRUZ VILLALÓN, J. "La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010". *RL*, n.º 21-22, 2010, consultado en [www.laleylaboral.com](http://www.laleylaboral.com).

de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a «las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal».

La inseguridad jurídica que producía la ausencia de la representación legal se trata de solventar en la Ley 35/2010 a través de una solución unitaria o transversal que se reproduce para cada uno de los supuestos típicos de flexibilidad interna, a saber: períodos de consulta y negociación a los supuestos de movilidad geográfica, concretamente traslados colectivos a partir de cinco trabajadores (art. 40.2 ET); modificación sustancial de condiciones de trabajo cualquiera que sea el número de trabajadores, salvo en modificaciones referidas a las funciones o al horario (art. 41 ET) y, en su caso, la modificación de las materias pactadas en convenios colectivos negociados y suscritos al amparo del título III de la LET (convenios estatutarios) con la modificación material contenida en el art. 41.6 ET, es decir, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, y funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET; descuelgue salarial (art. 83.2 ET); expedientes de reducción y suspensiones contractuales (este último en cuanto que el artículo 47 ET remite al procedimiento establecido en el artículo 51 de la LET). —

De otra parte, también se contempla un período de consultas siempre que la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción afecte, al menos en un período de noventa días, a: diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el 10% del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores, y conforme a lo dispuesto en el art. 51.2 ET también se tendrán que someter a un período de consultas las extinciones que afecten a la totalidad de la plantilla, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco cuando aquélla se produzca como consecución de la cesación total de la actividad empresarial.

Como se aprecia de los artículos referidos (arts. 40, 41 y 51 ET), la dimensión de la empresa desempeña una importante función en la determinación del régimen jurídico aplicable a los traslados, las modificaciones sustanciales del horario de trabajo y las funciones, y a las extinciones de contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La delimitación entre lo individual y lo colectivo va a depender del volumen de plantilla de la empresa y del número de trabajadores afectados por la medida del empresario, teniendo en cuenta que de la superación del umbral conlleva el cumplimiento de un procedimiento más complejo que limita el poder de dirección del empresario pues exige la apertura de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores al objeto de analizar las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y la autorización de la Autoridad Laboral (en caso de que la medida sea extintiva).

### 11.1.2. Ámbito subjetivo: empresas sin representación legal de los trabajadores

5 Según el Directorio Central de Empresas dependiente del INE, a 1 de enero de 2010, más de 1,7 millones de empresas no emplean a ningún asalariado, y esta cifra supone el 53,9% del total, con un aumento de 1,2 puntos respecto al año anterior. Además, otras 1.211.160 empresas tienen entre uno y cinco trabajadores (debe recordarse que el suelo que fija el ET para tener derecho a la elección de un representante unitario es 6 trabajadores). Ambos datos confirman que en un porcentaje muy representativo de empresas (concretamente en el 36,7%) no puede legalmente existir representación, conforme al carácter imperativo con la que el legislador ha regulado la representación unitaria.

Por tanto, no podrán existir delegados de personal en todas las empresas de un sólo centro de trabajo que ocupen a menos de 6 trabajadores ni en los centros de trabajo que ocupen a entre 6 y 10 empleados si estos no han decidido por mayoría su elección. La doctrina constitucional es pacífica en *este* sentido y así en estas unidades productivas (empresas con un único centro de trabajo que ocupen a 6 trabajadores pero menos de 10), los sindicatos más representativos estarán facultados para promover elecciones a delegado de personal si bien la elección efectiva queda condicionada a que participen en la votación la mayoría de los trabajadores. Fuera de estas previsiones, la jurisprudencia no ha admitido fórmulas alternativas dirigidas a la agrupación de centros de trabajo con el objetivo de designar un delegado de personal conjunto en microempresas<sup>7</sup>. En esta prohibición subyace la idea de que los problemas que puedan surgir en estos centros pueden resolverse por los propios interesados al no llegar a alcanzar una problemática tan amplia y general que requiera el soporte de una representación de intereses generales.

La representación unitaria se configura, en consecuencia, como una representación legal de carácter obligatorio sin que la Ley deje espacio para que se decida lo contrario, sea por pacto (individual o colectivo), sea por decisión de tercero (el empresario por ejemplo, u otros sujetos)<sup>8</sup>. Sin embargo, este supuesto carácter obligatorio ha de matizarse puesto que el legislador no prevé ninguna consecuencia jurídica a la no convocatoria de elecciones por los sujetos legitimados' [la única tipificación contenida en la LISOS en relación al proceso electoral está en el art. 8.7 que califica como infracción

STC 36/2004 y STS 31.1.2000 (R.º 1595/2000).

\* GARCÍA MURCIA, Delegados de personal y comités de empresa. AAVV. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; MERCADER UGUINA, J.R. (Coords.). *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*.

Madrid: La Ley, 2004, p. 34. PÉREZ PÉREZ, E. Art. 63. AAVV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 630 sostiene que la constitución del comité de empresa es «imperativa en aquellos centros que cuenten con cincuenta o más trabajadores, con independencia de la voluntad de éstos». En similares términos, TUDELA CAMBRONERO, G. Art. 63. AAVV. DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Iustel, 2010, p. 1055. ° Se crea en virtud de un «deber sin sanción» a juicio de SÁNCHEZ-URÁN, Y; AGUILERA, R. GUTIERREZ-SOLAR, B., NIEVES, N. Los sujetos colectivos en la empresa: un estudio jurisprudencial. *RMTAS*, n.º 43, 2003, p. 35.

muy grave la conducta empresarial que implique «la transgresión de los deberes materiales de colaboración que impongan al empresario las normas reguladoras de los procesos electorales a representantes de los trabajadores».

A pesar de que no existen datos oficiales que muestren el porcentaje de empresas que pudiendo constituir instancias representativas [v.gr. todas aquellas empresas o centros de trabajo que cuenten con una plantilla superior a 6 trabajadores], no hayan promovido su elección, lo cierto es que la hipótesis que sustenta este trabajo es la de sostener que existe un determinado número de centros de trabajo en los que por razones diversas (empresas de nueva creación, aumento reciente y significativo de plantilla, simple ignorancia o incumplimiento consciente de la ley, cálculos sindicales, etc.<sup>1º</sup>) no se ha promovido ningún proceso electoral. Si a esta reflexión le unimos la preponderancia de las pequeñas y medianas empresas dentro de la estructura productiva del mercado de trabajo español, vendremos a un déficit representativo en muchas empresas españolas que tiene una incidencia notable en la dinámica laboral tanto para los trabajadores que no cuentan con una estructura representativa estable como para las empresas que no tienen un interlocución legal para la adopción de determinadas decisiones gerenciales.

La Ley 35/2010 trata de salvar esta ausencia al regular unas comisiones *ad hoc* designadas por los propios trabajadores o por los sindicatos más representativos, cuya finalidad es que la empresa no amortice el periodo de consultas previsto por el legislador, y, en un marco más general, refleja la importancia de la existencia de los representantes legales en las empresas en cuanto defienden la voluntad de la mayoría y agilizan la toma de decisiones empresariales".

## 11.2. LOS ANTECEDENTES DE ESTA REGULACIÓN

La solución contenida en el art. 41.4 ET ha supuesto dar de carta de naturaleza a soluciones que ya habían legitimado tanto los Tribunales al admitir la designación de comisiones *ad hoc* en los trámites de consulta de empresas concursadas como por el propio reconocimiento de esta posibilidad en el procedimiento administrativo de regulación de empleo. Sin perjuicio de las valoraciones que haremos en los siguientes epígrafes, habremos de convenir que el favorecimiento de algún tipo de estructura representativa que permita el ejercicio de los derechos colectivos —y las comisiones reguladas en el art.

<sup>1º</sup> Enfatizando en la importancia de esta regulación para las empresas de pequeñas dimensiones. CRUZ VILLALÓN, J. *Op. cit.* «(...) En la práctica totalidad de las ocasiones allí donde no hay representación legal se debe a encontramos ante unas empresas de muy pequeñas dimensiones que no facilitan la presencia de una interlocución colectiva que actúen en nombre y tutela de los trabajadores, lo cual aconsejaría una solución lo más sencilla posible (...)». En términos de «parasindicalización más que probable de las pequeñas y muy pequeñas empresas» se pronuncia DE LA VILLA GIL, L. E. Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010, *Tus-tele*, n.º 23, 2010, p. 3.

" MELLA MÉNDEZ, L. Consultas previas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. *TL*, n.º 109, 2011, p. 33.

41.4 ET obedecen a tal pretensión— hacen que la posición acerca de esta novedad legal deba estar inspirada por su «tolerancia y reconocimiento»<sup>1</sup>.

### 11.2.1. La designación de representantes contemplada en el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo

Como se ha señalado, la reforma contenida en el art. 41.4 ET es firme deudora de la regulación contenida en el art. 4 RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos en el que expresamente se preveía que de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, estos podrán intervenir en la tramitación administrativa del procedimiento, debiendo, si el número de trabajadores afectados era igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la Autoridad Laboral entendería las sucesivas actuaciones.

La primera duda que surgía era si esta especial representación lo era para todos los trámites del procedimiento, o, si, por el contrario, sólo lo era para la intervención directa con la Administración"; la dicción literal del precepto reglamentario se refiere exclusivamente a la comparecencia como interesados en el procedimiento administrativo y no a la legitimación para negociar, y ello por más que sería deseable que fuese la misma persona la que negociase y compareciese en el proceso". Aun así, en varios expedientes de regulación de empleo se admitió a esta comisión *ad hoc* como interlocutor con la empresa si bien a fin de garantizar en todo su extensión el derecho de acceso a la información a los trabajadores afectados, la regulación reglamentaria era una de las posibles soluciones normativas, no la única. Por ello, también se ha validado el acuerdo alcanzado durante el período de consultas con la totalidad de los trabajadores al entender que «la finalidad del mecanismo de elección de los «representantes ad hoc» no es sino un medio para garantizar la intervención de los trabajadores en el procedimiento, garantía que se entiende ampliamente sobrepasada cuando se acredita que la totalidad de los trabajadores afectados participaron durante el período de consultas y en la adopción de los correspondientes acuerdos»<sup>12</sup>. En otras ocasiones, la falta de representantes legales se ha suplido recurriendo a la formación de una representación

<sup>12</sup> Esta valoración se mantiene en relación a todas las representaciones denominadas «atípicas» en GONZÁLEZ ORTEGA, S. El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación. AAVV. *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 141.

<sup>13</sup> NORES TORRES, L. E. *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*. Op. cit., p. 200.

<sup>14</sup> ALVAREZ DEL CUVILLO, A. Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores. *TL*, n.º 67, 2002, p. 125.

CIFUENTES, D. La tramitación del expediente de regulación de empleo en caso de concurso cuando no existan representantes de los trabajadores. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 13, 2008, p. 212.

institucional de los trabajadores por parte de los sindicatos más representativos o representativos en el sector de actividad al que pertenece la empresa e incluso aunque esta designación superase el número de cinco representantes.

La DF 3.a apartado 4 de la Ley 35/2010 instaba al Gobierno a la aprobación de un Real Decreto que modificase el RD 43/1996, de 19 de enero, especialmente en relación al plan de acompañamiento social de los expedientes de regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad. Este mandato se ha materializado en el RD 801/2011, de 10 de junio', por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. En la materia que nos concierne, el texto reglamentario prevé que ante ausencia de representantes legales, los trabajadores afectados puedan atribuir su representación durante la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en art. 41.4 ET, es decir, pueden optar por una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Como novedad incorporada en el desarrollo reglamentario se prevé que en el caso de existir representantes legales de los trabajadores en la empresa pero radicados en otro centro de trabajo, estos podrán asumir a estos efectos y mediante el mismo sistema de designación la representación de sus compañeros [art. 4.2a)] RD 801/2010)".

### 11.2.2. Su admisión judicial para empresas en concurso

El tradicional vacío normativo antes referido también se extendía al período de consultas contemplado en el art. 64 Ley Concursal en las empresas que carecían de cualquiera de las estructuras representativas de los trabajadores. Como es sabido, serán sujetos legitimados para solicitar del Juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo «la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales» (art. 64.2 LC). Una vez recibida la solicitud de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo, el Juez del concurso ha de convocar a los representantes de los trabajadores y a la administración concur-

<sup>16</sup> BOE 14.6.2011

<sup>17</sup> Solución que ya había sido propuesta por CRUZ VILLALÓN, J. La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010, *Op. cit.*

sal a un «período de consultas», cuya duración «no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales» en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores (artículo 64.5, párrafo primero, LC).

La primera cuestión que se planteaba ante la ausencia de representantes legales era la de determinar si este período era un requisito inexcusable para que el Juez de lo Mercantil pudiese decidir sobre la modificación de condiciones instada, so pena de incurrir en la nulidad de la medida que no respete tal procedimiento<sup>18</sup> o si, por el contrario, cabría considerar amortizado este trámite. Pues bien, la solución más coherente con la finalidad perseguida es acudir a las reglas del ordenamiento laboral y admitir una representación *ad hoc* o, en defecto de esta, una negociación directa con la totalidad de los empleados, especialmente si el número de estos es asumible.<sup>19</sup>

Esta interpretación ha sido mayoritariamente acogida por los Tribunales", y recientemente refrendada en el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>21</sup>, que contempla una modificación del artículo 64.2 LC en el sentido de prever que ante la ausencia de representación legal de los trabajadores, y a los únicos efectos de la solicitud al Juez del concurso de la adopción de alguna de las medidas colectivas que se recogen en dicho precepto, los trabajadores podrán atribuir su representación a una comisión *ad hoc*, conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET salvo que el juez acuerde, en su lugar, la intervención de los sindicatos más representativos. A este respecto, en el Dictamen emitido por CES a este Anteproyecto se valora favorablemente la posibilidad abierta a la intervención de las organizaciones sindicales más representativas, y considera que «la efectiva participación de éstas en tales casos constituye la solución más viable y funcional de cara a la tramitación y gestión de estos procedimientos colectivos, frente a otro tipo de fórmulas que generan confusión y no ofrecen seguridad». No obstante, a la espera de que el texto definitivo se apruebe, la opción contenida en la LC mantiene la atribución dual (comisión designada por los sindicatos o entre los propios trabajadores); opción que parece más respetuosa con la voluntad de los trabajadores que adoptarán una de las soluciones, teniendo presente todas las circunstancias concurrentes.

<sup>18</sup> Esa fue la sanción jurídica a una empresa (no concursada) ante una modificación sustancial en relación a los horarios de trabajo que no observó el procedimiento de consultas. STS 4.10.2001 (R.º 4453/2000).

<sup>19</sup> Sobre estas posibilidades, MOLERO MARAÑÓN, M.L. *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal LMadrid*: CES, 2007, p. 216.

<sup>20</sup> La relevancia pública que adquirió la empresa Air Madrid cuando se declaró en concurso de acreedores y la ausencia de representación legal de los trabajadores forzaron a la adopción de una solución *ad hoc* en orden al reconocimiento de un interlocutor en la tramitación del procedimiento, cuya legitimación recayó en los sindicatos más representativos. *Vid.* CIFUENTES, D. La tramitación del expediente de regulación de empleo en caso de concurso cuando no existan representantes de los trabajadores. *Op. cit.*, pp. 217 a 220.

BOCG 1.4.2011.



### 11.3. CONSTITUCIÓN Y FORMA DE DESIGNACIÓN

Los requerimientos de flexibilidad y adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas han forzado al legislador a impulsar una modificación normativa para tratar de dar respuesta a los procedimientos de reorganización productiva en empresas que no contaban con una representación estable de los trabajadores. Con este objetivo, el art. 41.4 ET en un apuesta reforzada «por la autonomía negociadora de la empresa»<sup>22</sup> crea unas comisiones *ad hoc* que desplegarán sus efectos siempre la modificación que se trate de impulsar sea colectiva. Como es de sobra conocido, el procedimiento de modificación difiere en función del origen normativo de la condición que se quiere alterar<sup>3</sup>, siendo cualitativo el criterio para calificar la modificación como individual o colectiva.

Así se «considerará de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual» y «de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos» [art. 41.2 ET], salvedad hecha de las modificaciones relativas a funciones y horarios en las que el criterio para calificar como individual o colectivo dicha modificación está determinado por el número de trabajadores afectados por la medida.

La reforma no ha alterado el sencillo procedimiento para modificar condiciones de trabajo disfrutadas a título individual, así (ante la inexistencia un eventuales previsiones incorporadas en el convenio o contrato de trabajo) el empresario deberá comunicar al trabajador afectado y a sus representantes con una antelación mínima de 30 días a la fecha de efectividad del cambio, la modificación que se va a producir. Mayor complejidad revestía la modificación de una condición de trabajo regulada en un acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos en tanto que junto al requisito de notificación de los trabajadores afectados y sus representantes, se abría un período de consultas; finalizado este período sin acuerdo o sin haber podido cumplir dicho trámite por la ausencia de representantes, el empresario podía decidir acerca del traslado colectivo o modificación sustancial propuesta, notificando eso sí su decisión a los trabajadores afectados.

En lo que hace a las condiciones pactadas en un convenio colectivo estatutario, la modificación sólo era posible si se alcanzaba un acuerdo con los representantes legales de los trabajadores y con las limitaciones materiales contenidas en el art. 41.4 ET, de ahí que hasta la aprobación del RD Ley

<sup>22</sup> MERCADER UGUINA, J. R. Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010. *Op. cit.*, p. 199. DEL REY GUANTEA, S. Las medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación. *TL*, n.º 107, 2010, p. 171.

<sup>3</sup> CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 54.

10/2010 la inexistencia de representantes en una empresa hacía imposible la modificación de un convenio colectivo estatutario.

El legislador trata de solventar esta múltiple problemática acudiendo a un mecanismo dual de interlocución empresarial articulado en torno a las comisiones reguladas en el art. 41.4 ET. Su constitución se condiciona a dos posibles alternativas bien una comisión designada por y entre los trabajadores, la denominada comisión laboral", bien una comisión designada entre los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. La primera figura se estructura de manera directa, por elección entre los trabajadores, sin referencia a la presencia sindical mientras que la segunda es irradiada hacia arriba, asumiendo la representatividad sindical medida en términos de presencia proporcional en el convenio de sector o de empresa que se quiere modificar<sup>25</sup>.

En la redacción original del RD Ley 10/2010, la única opción era la atribución de la representación a una comisión sindical pero durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley se debatieron varias enmiendas dirigidas a que pudieran ser otras personas quienes fueran designados interlocutores a estos efectos<sup>26</sup>, opción que fue finalmente acogida en la Ley 35/2010 que establece esta atribución dual (comisión sindical o laboral) sin mostrar ninguna preferencia entre una u otra opción. Consideramos que la solución arbitrada es la más respetuosa con la decisión de los trabajadores que tienen la facultad de optar por una u otra comisión, y se elimina así el riesgo que suponía la exclusividad sindical en la conformación de estas comisiones que, como se ha señalado, operarán en muchas empresas de pequeñas dimensiones en las que puede que los trabajadores prefieren la designación del interlocutor entre sus compañeros en vez atribuir esta representación a personas ajenas a la empresa.

No obstante, la reciente reforma de la negociación colectiva vuelve a priorizar la vía sindical en tanto que establece como contenido mínimo de todos los convenios regulados al amparo del Título III del ET la designación de una comisión paritaria a la que encomienda el conocimiento y, en su caso, la regulación de la «intervención que se acuerde en los supuestos de modificación sustancial de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa». A estos efectos, la previsión contenida en el art. 85.3.h)

<sup>24</sup> Asumimos en este trabajo la terminología utilizada por DE LA VILLA GIL, L. E. Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010. *Op. cit.*, p. 10. De comisiones «internas» habla MELLA MÉNDEZ, L. Consultas previas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, *Op. cit.*, p. 32.

<sup>25</sup> BAYLOS GRAU, A. Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio. BAYLOS GRAU, A. (Dir.). *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*. Albacete: Bo-marzo, 2011, p. 237.

Sobre esta tramitación, TOSCANI GIMÉNEZ., D. Modificación de condiciones y flexibilidad interna. <http://www.iuslabor.org/upload/documents/Toscanil.pdf>.

apdo 4.º— ET solo tendrá virtualidad en la negociación colectiva sectorial y no en los convenios estatutarios de empresa, que necesariamente tendrían que negociarse con una representación legal, unitaria o sindical, inexistente hasta ese momento. La solución que incorpore la comisión paritaria del convenio sectorial tendrá que partir de la premisa de que la opción por una u otra comisión se mantiene como un derecho de los trabajadores, de modo que la intervención que, en su caso, acuerde la comisión paritaria podrá establecer quiénes van a ser los concretos mandatados del sindicato o cuál es la información que van a solicitar a la empresa, siempre, claro está, que los trabajadores hayan optado por la comisión sindicalizada.

Esta es, de otra parte, la opción asumida en algún convenio colectivo<sup>27</sup> recientemente suscrito en el que se establece que si los trabajadores han optado por una comisión sindicalizada, el procedimiento para proceder a la modificación será el siguiente: la empresa aportará a la comisión negociadora un escrito razonado que incluya las causas que justifican la solicitud de modificación sustancial en el que se detalle el número de trabajadores afectados por la vicisitud así como los motivos y plazo temporal de aplicación de la medida. La Comisión Paritaria resolverá tras el examen de dicha documentación dentro de los 60 días siguientes a su recepción (nótese la ampliación del plazo que supondría el recurso a esta comisión y cuya legalidad plantea dudas con la redacción contenida en el art. 41.4 ET en relación a los plazos que disciplinan dicho procedimiento).

### 11.3.1. Atribución dual (propios trabajadores o sindicatos)

La decisión por optar por una u otra forma de constitución de la comisión es decisión de los trabajadores aunque el carácter facultativo<sup>28</sup> que tiene para los trabajadores la designación de esta comisión no ha impedido al legislador establecer unas pautas en torno a su configuración:

En primer lugar, la atribución de la representación de la plantilla a la comisión designada, sea esta laboral o sindical, lo es a los únicos efectos del período de consultas y, por tanto, su función se agota cuando este plazo concluye. El legislador no ha querido o no ha podido hacer un nuevo canal de representación legal de los trabajadores para las empresas de reducidas dimensiones si bien entendemos que suscrito el acuerdo, los signatarios del mismo, es decir, los integrantes de la comisión deberían extender esta representación a la aplicación e interpretación del acuerdo.

En segundo lugar, el legislador establece que el número máximo de personas que han de constituir la comisión es tres. Se adopta un criterio de imparcialidad, como también se observa en el número de delegados o miembros del comité de empresa, y parece que la solución más óptima es que la

<sup>27</sup> CC Estatal de Jardinería (BOE 19.8.2011)

<sup>28</sup> Considerando que necesariamente se ha de constituir esta comisión. LLANO SÁNCHEZ, M. La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos. *AL*, n.º 22, 2010. [www.laleylaboral.com](http://www.laleylaboral.com)

comisión esté conformada por tres miembros (obviamente solo un trabajador no crea una comisión y dos es un número par que pueda dar situaciones de bloqueo, máxime si, como veremos, el legislador ha optado por un criterio «personal» y no proporcional para la adopción de decisiones).

#### 11.3.1.1. *Forma de constitución*

La iniciativa de proponer una reestructuración empresarial la efectúa la dirección de la empresa, de forma que no cabe otra opción que atribuir al empresario la facultad y al propio tiempo el deber legal de comunicar al conjunto de los trabajadores la iniciación del procedimiento obligatorio y la facultad legal que ostentan de decidir quién les va a representar en el trámite de consultas y negociación ante la ausencia de representantes legales'. Esta comunicación que podrá ser verbal o por escrito puede realizarse bien directamente bien a través de la delegación de esta comunicación en algún intermediario si bien será responsabilidad del empresario garantizar que los trabajadores conocen de su interés en iniciar en un proceso de reorganización productiva. En este sentido, se ha planteado que ante el silencio legal, cabría admitir como lícito que el empresario efectuase la comunicación pertinente a los sindicatos más representativos y representativos en el sector, de modo que fuesen éstos quienes gestionasen el proceso sucesivo.

Nada obsta a esta posibilidad siempre, claro está, que quede garantizada la transmisión de información a los trabajadores afectados para que puedan decidir entre una u otra comisión, salvedad hecha a que el convenio sectorial establezca otro mecanismo pues como se ha referido, el RD Ley 7/2010 establece como contenido mínimo la facultad de fijar el tipo de intervención que se realice en las empresas que no cuenten con representación legal para los supuestos estudiados por lo que sería factible que el convenio colectivo sectorial de aplicación ya estableciese quienes serían los mandatados por el sindicato para la conformación de la comisión sindical siempre que la fórmula paccionada respete, en lo sustancial, el derecho contenido en el art. 41.4 ET dirigido a que sean los trabajadores los que opten por un tipo u otro de comisión.

Si el convenio no estableciese otra previsión, la constitución de esta instancia representativa se debe realizar de forma democrática sin que quepa en este momento sostener la aplicación analógica de los preceptos estatutarios que disciplinan la asamblea de trabajadores, máxime si pensamos que uno de los requisitos contenidos en el art. 77 ET es que la misma sea presidida por los representantes unitarios (inexistentes en la empresa en la que se dirime la vicisitud)». Por ello, únicamente sería exigible que la decisión de los trabajadores en orden a crear la comisión, sea esta laboral o

<sup>29</sup> CRUZ VILLALÓN, J. *La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*. Op. cit.

<sup>30</sup> Remitiendo a la asamblea, NAVARRO NIETO, F. «Las perspectivas de reforma en materia de negociación colectiva». *TL*, n.º 107, 2010, p. 208.

sindical, sea mayoritaria con el objetivo de reflejar el sentir mayoritario de los afectados.

Si se opta por impulsar una comisión laboral, todos los trabajadores serán electores y elegibles, sin que quepa observar los requisitos contenidos en el art. 69 ET para participar en el proceso electoral. Se había planteado por la doctrina más cualificada que de existir algún tipo de representación legal en otro centro de trabajo, podría ser una solución aconsejable que dichos trabajadores asumiesen la interlocución en este período de consultas'; además de este forma, se solventarían muchas de las cuestiones problemáticas que plantea este tipo de comisiones, especialmente en lo que hace a las competencias y garantías que tendrán los trabajadores designados.

La concreta elección de los trabajadores designados se tendrá que hacer de manera democrática, es decir, mediante sufragio personal, directo, libre, no parece que sea especialmente necesario que el voto sea secreto, siempre que se garantice el carácter democrático y la transparencia del proceso. Sería preciso informar de esta designación, en todo caso, a la empresa, y, en su caso, a la Administración si esta tuviese que intervenir en el proceso.

En relación a los sujetos que pueden formar parte de esta comisión laboral, la norma presume que la elección recae en algunos de los mismos trabajadores que ostentan el derecho de elección activa si bien ya hemos sostenido que nos parece plausible que de existir representantes en otros centros, estos pudiesen asumir esta interlocución.

En un marco más general estas comisiones han sido especialmente criticadas, especialmente en lo que hace a su permeabilidad a los requerimientos del empresario y el riesgo que se utilicen como una figura antisindical. En este sentido, en unas recientes jornadas de negociación colectivas impulsadas por la UGT se alertaba de la «evidente dificultad de poner en marcha el sistema previsto en la nueva legislación además del riesgo de una posible utilización antisindical en determinadas empresas»<sup>32</sup>. No obstante, cabría plantearse si la desidia sindical para penetrar en muchas pequeñas empresas de manera ordinaria, es decir, a través de la promoción de elecciones o más fácilmente mediante la constitución de secciones sindicales tiene que resolverse a través de una atribución en exclusiva a los sindicatos en orden a la constitución de estas comisiones. Justo al contrario, parece más respetuoso con la decisión de los trabajadores la de optar por una u otra vía sin que quepa ver en esta comisión laboral el componente antisindical antes referido; es más, si la empresa tratase de influir en la composición final de la composición o se observase la connivencia entre los trabajadores designados y este mismo habría que considerar que la comisión ha sido constituida en fraude de ley y, en consecuencia, impugnarla conforme a las reglas de aplicación general.

<sup>31</sup> CRUZ VILLALÓN, J. *La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*. Op. cit.

<sup>32</sup> Jornadas Confederales para la Negociación Colectiva y la Acción Colectiva 2011. [http://www.ugles/juventudicentros\\_promocion/conclusiones\\_jornadasNC\\_UGT.pdf](http://www.ugles/juventudicentros_promocion/conclusiones_jornadasNC_UGT.pdf)

La segunda posibilidad es que los trabajadores opten por atribuir la representación a una comisión sindical, en cuyo caso serán los sindicatos los encargados de designar a los miembros que forman parte de la comisión, pudiendo ser trabajadores de la empresa (en este caso parece que serán afiliados al sindicato que los nombra) o no. En relación a los sindicatos facultados para designar a los integrantes de la comisión, tienen que acreditar la condición de «más representativos y representativos del sector de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación de la misma», es decir, los que cuentan con un mínimo del 10% de representantes unitarios en el ámbito del convenio [art. 87.2.c] ET) pero también las que ostentan la condición de más representativos a nivel autonómico y estatal. Y adicionalmente deberán estar legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación que, conforme a la nueva redacción dada al art. 88.2 ET, se entenderá válidamente constituido, desde el banco laboral, cuando los sindicatos, federaciones y confederaciones, representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de los miembros del comité de empresas y delegados de personal si bien el RD Ley 7/2010 ha establecido una excepción a esta regla general en relación a los sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores", pues en estos casos se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma está integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma.

En el caso de la comisión sindical, si hubiese más de tres sindicatos que cumplieren los requisitos, la concreta determinación de los integrantes de la comisión atenderá al criterio de proporcionalidad representativa en cada ámbito siendo facultad de los sindicatos la determinación exacta de los miembros, limitando, en consecuencia, la posibilidad de que los trabajadores puedan revocar a estas personas, si no están de acuerdo con la forma en la que están gestionando el período de consultas". Atribuida la facultad de designación a los sindicatos, será competencia de estos la concreta determinación de los miembros, el modo de llevar la negociación así como la decisión o no de acordar con la empresa, sin que tengan que necesitar la aquiescencia de los trabajadores a los que representan.

Como hemos señalado, estas comisiones se han visto notablemente reforzadas en el RD Ley 7/2011 en el sentido de que si la comisión paritaria atiende al mandato del legislador, deberá establecer la intervención que se acuerden en los supuestos de reorganización productiva cuando no exista representación legal de los trabajadores en las empresas *ad hoc* afectadas. Y lo más probable es que la comisión paritaria sectorial trate de priorizar la vía sindical pero entiendo que no como una atribución en exclusiva puesto que

---

Sin especificar cuáles son ni los criterios que pueden servir para definir cuando un sector no cuenta con órganos de representación.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010*. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I; MERCADER UGUINA, J. R (Dir). *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre. Op. cit.*, p. 176.

el art. 41.4 ET establece que la opción por una u otra vía es una prerrogativa de los trabajadores sin que quepa limitar dicho derecho por la negociación colectiva. Además comparto que la exclusiva titularidad sindical obvia uno de los postulados básicos para el buen fin de toda negociación que es la confianza entre las partes, basada en una relación previa de cierta extensión y de alguna intensidad. Que la única opción fuese la comisión sindical supondría la legitimación directa de personas ajenas a la empresa que tendrán conocimiento de informaciones sensibles y que se tendrán que pronunciar en un plazo muy breve de tiempo sobre extremos vinculados a la dinámica laboral de dicha empresa que serán muchas veces desconocidos para ellos".

### 11.3.1.2. *Funcionamiento de la comisión*

Conforme a lo dispuesto en el párrafo cuarto del art. 41.1 ET, la designación deberá realizarse en un plazo de 5 días a contar desde el inicio del período de consultas. La primera dificultad que plantea esta redacción es que los plazos se superponen, es decir, una interpretación literal del precepto supondría que el cómputo del período de consultas (que, como es sabido, se caracteriza por ser un plazo brevísimo que actúa como límite máximo —15 días—), comenzaría el mismo día que los trabajadores conocen la apertura del período de consultas sin que hayan tenido previo conocimiento de la necesidad de designar una comisión que actúe como interlocutor a estos efectos. Esta situación desembocaría, a juicio de la más autorizada doctrina, en el «absurdo», y por ello se ha sostenido que estos 5 días empiezan a contar desde que el empresario efectúa la notificación que pone en marcha el mecanismo de designación, de tal forma que se presiona a los trabajadores para agilizar la designación en tanto que cada día que pasa sin que la comisión sea designada, día que se acorta posteriormente el período de consultas.

Designada esta comisión, el período de consultas se habrá de realizar bajo el principio de buena fe «negocial», es decir, ambas partes han de acceder a las negociaciones con la máxima disponibilidad con vistas a alcanzar un acuerdo que exigirá, en todo caso, «el voto favorable de la mayoría de sus miembros». La adopción se hará con el criterio personal y no proporcional como se establece en el art. 89.3 ET para la culminación de un convenio colectivo estatutario, de modo que la nueva regulación hace primar la composición efectiva de la comisión sobre la electiva, primando el voto por «cabezas» sobre el voto basado en porcentajes representativos.

<sup>31</sup> PUEBLA FINILLA, A.; GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. *Memento Experto Nueva reforma laboral: RDL 10/2010*. Madrid: Francis Lefebvre, 2010, p. 77. Valorando positivamente la reforma en este aspecto en tanto que «con ello parece que se le está permitiendo sustituir o modificar la intervención de los representantes designados por los propios trabajadores». GUALDA ALCALÁ, F. J. Alcance de la Reforma de la Negociación Colectiva por el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio. *Cuadernos Observatorio I.* de mayo, n.º 20, 2011, p. 32.

<sup>32</sup> CRUZ VILLALÓN, J. *La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*. Op. cit.

Con el objetivo de alcanzar un acuerdo, satisfactorio para ambas partes, el legislador permite que durante cualquier momento del período de consultas las partes acudan al procedimiento de mediación y arbitraje que sea de aplicación en la empresa. Esta posibilidad ya se ha materializado en algunos convenios colectivos pactados después de la reforma<sup>37</sup> en los que se prevé que en caso de discrepancias, las partes se someterán a la comisión paritaria del convenio y en caso de no existir acuerdo, al procedimiento de conciliación establecido en el acuerdo interprofesional de solución de conflictos de ámbito estatal.

Cuando la modificación se refiera a condiciones de trabajo establecidas en convenios estatutarios, en caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando aquella no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos establecidos *en* los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET. Por tanto, tanto la empresa como la representación de los trabajadores pueden encomendar la decisión de modificar el convenio, o inaplicar el régimen salarial a la comisión paritaria, y la misma puede pronunciarse en términos vinculantes, a modo de un arbitraje obligatorio.

### **11.3.2. La posibilidad de atribución de la representación empresarial a las asociaciones patronales**

En el supuesto que los trabajadores opten por atribuir la facultad de interlocución a una comisión sindicalizada, el art. 41 ET prevé que el empresario pueda atribuir su representación a las organizaciones empresariales a las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial. Esta previsión no reviste especial complejidad y además ha de recordarse que era una opción a la que siempre podía haber acudido el empresario por la vía del mandato civil.

No obstante, creemos que esta facultad no va a ser especialmente relevante en la práctica pues generalmente el empresario querrá controlar el proceso y no delegar esta facultad a una organización patronal que, no está de más recordar, no solo le representa a él mismo sino a sus más directos competidores. Cuestión distinta es que las empresas utilicen el asesoramiento técnico que les facilitan estas organizaciones.

<sup>37</sup> CC para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 13.4.2011); CC de la recuperación de residuos y materias primas secundarias (BOE 21.3.2011).



Si la empresa utiliza esta prerrogativa la negociación se profesionalizaría ya que la interlocución sería entre una comisión sindicalizada y los designados por la organización patronal. Obviamente para que sea posible esta opción, el empresario tendrá que efectuar un mandato expreso de suerte que no cabe que la organización patronal en la que la empresa esté asociada se arrogue esta competencia. La falta de legitimación directa se justifica por la diferente función representativa que tienen los sindicatos y las asociaciones empresariales, los primeros son «cotitulares del interés colectivo» que ostentan los sindicatos frente a la «correpresentación con que cuentan las asociaciones empresariales», lo que impide a falta de una atribución expresa de representación, la actuación de tales asociaciones dentro del ámbito de la empresa»<sup>38</sup>.

#### 11.3.2.1. Consecuencias de la no designación

Con el objetivo de forzar la adopción del acuerdo en un plazo breve que garantice la celeridad del procedimiento, la falta de designación de los integrantes de la comisión o la dilación del proceso de elección, no paraliza el plazo del período de consultas. No obstante lo anterior la Ley 35/2010 ha eliminado el carácter improrrogable que establecía el RD Ley 10/2010, de modo que las partes podrán prorrogar el plazo para hacer efectiva la designación si no se ha alcanzado un acuerdo, teniendo presente, claro está, que esta ampliación en el plazo resta días al plazo de consultas propiamente dicho que, en principio, no podrá superar los 15 días.

En último término, cabría plantearse cuál es la consecuencia jurídica de la falta de designación, es decir, si la empresa puede proceder a la modificación y, en consecuencia, queda amortizado el período de consultas por ausencia de interlocutor, o, si, por el contrario, tendría que intentar negociar individualmente con cada uno de los trabajadores. Aunque parece más respetuoso con los trabajadores que la empresa trate por todos los medios de tener un interlocutor, la no designación de una comisión abre la puerta a la modificación propuesta, siempre que la condición objeto de modificación no esté contenida en un convenio estatutario pues, en este caso, se exige el acuerdo con los representantes y, en defecto de estos con la comisión, so pena de que la no designación de la representación responda a un ánimo fraudulento por parte de los trabajadores, en cuyo caso la empresa tendrá que probar este extremo y tratar por todos los medios de alcanzar un acuerdo de modificación. Fuera de esta previsión, la no designación facilita la adopción unilateral de la modificación por la empresa", o, en el caso de medidas de regulación de empleo (artículos 57 y 41 ET), el expreso pronunciamiento de la Autoridad Laboral.

<sup>38</sup> MERCADER UGUINA, J. R. *Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010*. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I; MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.). *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*. Op. cit. p. 201.

<sup>39</sup> Instando a la negociación individualizada, MELLA MÉNDEZ, L. Op. cit., p. 41 y, en ningún caso, podemos compartir la opinión de DEL REY GUANTER, S. *Medios Extrajudiciales y Procesos de Res-*

Esta tesis no ha seguido, por el contrario, mantenida en una reciente SAN" que ha declarado nula la decisión adoptada por una empresa en un proceso de modificación sustancial, y justifica dicha sanción en que la actuación de la empresa eludió las normas establecidas para las vicisitudes de carácter colectivo entre las que expresamente se contemplaba la designación de una comisión. La empresa demandada no observó dicho procedimiento y consideró amortizado el plazo de consultas; actuación que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 138.5 LPL, es anulada por el Tribunal.

#### *11.3.2.2. El reforzamiento de la comisión sindical en la reciente reforma de la negociación colectiva*

Como se ha referido, el RD Ley 7/2011 ha incorporado dentro de las competencias de la comisión paritaria «la intervención que se acuerde en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa». Los convenios colectivos, obviamente de ámbito sectorial en tanto que no existen representantes legales en la empresa que puedan suscribir un convenio colectivo estatutario en este ámbito, podrán regular esta materia, y conforme a los criterios para la negociación colectiva que han aprobado los principales sindicatos confederales<sup>41</sup>, la regulación paccionada debería tratar de incluir alguna de estas opciones:

Legitimar a la representación sindical para participar en el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (y por remisión del ET, al resto de los procedimientos indicados anteriormente) en los términos que estatutariamente el sindicato más representativo o representativo haya dispuesto su organización y presencia en las empresas, bajo cualquier tipo de estructura organizativa que permita desarrollar la actividad sindical en la empresa.

---

*tructuraciones Empresariales*, Madrid: Fundación Sima, que plantea que ante la falta de acuerdo «la consecuencia no fuera la imposibilidad de realizar el cambio cuando afecte a los convenios colectivos estatutarios sino acudir, a elección previa de las partes, sea al arbitraje sea al control judicial de la decisión unilateral del empresario que implantara el cambio. Somos conscientes de que la alteración unilateral por decisión empresarial de condiciones pactadas en convenios colectivos estatutarios podría considerarse como de difícil conciliación con la fuerza vinculante de los convenios colectivos, pero la causalidad que ha de justificar el empresario para la modificación, la obligación de desarrollar previamente un periodo de negociación de buena fe a la búsqueda de un acuerdo, la temporalidad que puede tener esa inaplicación, y en fin, el propio control judicial han de ser condiciones suficientes que permitan limitar de forma justificada y razonable dicha fuerza vinculante, sin que consiguientemente se limite indebidamente el derecho constitucional a la negociación colectiva».

SAN 1.7.2011 (R.º 104/2011).

<sup>41</sup> En los criterios para la negociación colectiva aprobados por FITEQA-CCOO sostiene que la posibilidad de designar a 3 negociadores de los sindicatos más representativos en el sector permite la presencia directa del sindicato en aquellas empresas en las cuales no tienen representación, y esto, sin duda, «es un elemento que nos puede abrir nuevas posibilidades, aunque deberán establecerse en los convenios sectoriales procedimientos operativos para el nombramiento de los tres negociadores». También en los criterios para la UGT aprobados en las Jornadas Confederales para la Negociación Colectiva y la Acción Colectiva 2011.

En este sentido, cabría que la comisión paritaria estableciese quienes serían los mandatados para integrar la comisión si los trabajadores finalmente optan por la comisión sindical. Con ello se agilizaría un procedimiento que como hemos señalado se somete a unos plazos brevísimos. Igualmente la comisión paritaria podría disciplinar cuál sería el proceso para inaplicar las condiciones económicas pactadas en el convenio; esta posibilidad ya ha sido incorporada en algún convenio colectivo sectorial<sup>4</sup> que establece el siguiente procedimiento:

1. La empresa aportará a la comisión negociadora un escrito razonado que incluya las causas que justifiquen la solicitud de inaplicación salarial.
2. En los supuestos en los que se produzca el acuerdo entre las partes este deberá contener los siguientes extremos: a) El porcentaje de inaplicación del incremento salarial, que nunca podrá ser superior al del 65% del mismo. b) El período de inaplicación que nunca podrá ser superior al de vigencia del convenio ni, como máximo, tres años. c) El procedimiento para que los trabajadores recuperen las cuantías dejadas de percibir durante el período de inaplicación (máximo seis meses desde la desaparición de la causa o del fin de la vigencia del convenio).

También la comisión paritaria podrá establecer un procedimiento alternativo en el supuesto de no ejercicio de la opción entre representación sindical o de los propios trabajadores con obligación del empresario de trasladar la información sobre la falta de ejercicio de la opción legal en el plazo estipulado, para que en los términos acordados en el convenio, pacto o acuerdo, se establezca la representación *de* los trabajadores.

Sin embargo, sería de dudosa legalidad que la regulación convencional atribuyese exclusivamente la legitimación negocial a la comisión sindicalizada porque con ello se dejaría sin efecto el ejercicio de un derecho reconocido a los trabajadores en el art. 41.4 ET, es decir, la facultad de optar por una u otra vía es una prerrogativa reconocida a los trabajadores afectados por dicha vicisitud. Lo que el convenio sectorial puede y debe hacer \_\_\_\_\_ en tanto que se configura como contenido mínimo (art. 85.3 ET)— es disciplinar el procedimiento que se habrá de observar si se ha optado por una comisión sindicalizada (definiendo las personas que integrarían la comisión, la documentación a aportar por la empresa, etc.).

### 11.3.2.3. *Eficacia y vinculabilidad de los acuerdos adoptados*

La eficacia de los acuerdos adoptados en los procesos estudiados, es decir, en los artículos 40.2, 41.4, 47, 51.2 y 82.3, y su posición en el sistema de fuentes plantea una enorme controversia. Estos acuerdos colectivos, aun-

<sup>4</sup> CC para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 13.4.2011).

que carezcan de regulación legal específica, están autorizados por el Estatuto, norma que tasa de manera expresa las materias que pueden regularse mediante estos acuerdos, exigiendo únicamente que se alcance acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, en cuyo caso lo acordado tendrá eficacia personal general".

Que estos acuerdos de reorganización, incluidos los que modifican un convenio estatutario, puedan estar suscritos por las comisiones creadas en base a la habilitación legal conferida en el art. 41.4 ET y a las que el propio legislador encomienda esta facultad, ha sido objeto de una enorme polémica doctrinal habiéndose llegado a plantear problemas de constitucionalidad. En la cúspide de esta argumentación está el hecho de que «la inaplicación del convenio se llevará a cabo mediante un acuerdo con representantes de los trabajadores que no lo son legalmente y propiamente tales, con carácter general o institucional, y, además, hará que los trabajadores, presionados por las empresas, muchas veces no recurran al auxilio sindical exterior sino que se inclinen por elegir una comisión propia de circunstancias<sup>44</sup>» lo que, en último término, supondrá dar una «apariencia formal a la decisión unilateral del empleador»).

Siendo cierto que el propio concepto constitucional de negociación colectiva se halla indisolublemente unido a la existencia de representación de los trabajadores, ya sea ésta legal o sindical, y también que la negociación directa entre el empresario y una pluralidad de trabajadores no puede tener efectos colectivos, sino, en todo caso, la eficacia que el Derecho otorga a los pactos individuales, de modo que la existencia o no de representación señalaría la diferencia entre negociación colectiva y contratación individual en masa". Pero si el constituyente no estableció un procedimiento excluyente de titularidad del derecho de negociación colectiva a los representantes sindicales (art. 37 CE) sino que se ha extendido a sujetos colectivos no sindicales (representación unitaria), por más que la reciente reforma contenida en el RD Ley 7/2011 priorice a la interlocución sindical, una «lectura amplia del precepto constitucional» implica admitir que el resultado negocial adoptado entre la comisión *ad hoc* y la empresa no es un acuerdo individual o plural sino un nuevo producto de la negociación colectiva al que hay que reconocer eficacia vinculante'.

El acuerdo colectivo resultante del periodo de negociación tendrá eficacia personal general que deriva de la habilitación legal contenida en el art. 41.4 ET para que estas comisiones puedan negociar y, en su caso, acordar en representación legal de todos los trabajadores afectados por la vicisitud.

<sup>44</sup> STS 7.4.2004 (R.º 28/2003). BODAS MARTÍN, R. La eficacia jurídica de los acuerdos de empresa. *Tribuna El Derecho*, 30.7. 2010.

ALFONSO MELLADO, C.L. *Las medidas para incrementar la flexibilidad*; Elena. AAVV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 128; TOSCANI GIMÉNEZ, D. Modificación de condiciones y flexibilidad interna. <http://www.iuslabor.org/upload/documents/Toscanil.pdf>.

<sup>45</sup> BAYLOS GRAU, A. *Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio*. *Op. cit.* p. 238.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. *Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores*. *Op. cit.* p. 118.

<sup>47</sup> LLANO SÁNCHEZ, M. *La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos*. *Op. cit.* p. 8.

#### 11.4. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL TRABAJADOR DESIGNADO COMO INTEGRANTE DE LA COMISIÓN.

El legislador no ha establecido ninguna referencia al estatuto jurídico del trabajador designado para formar parte de la comisión analizada; este silencio está llamado a plantear numerosos problemas en la práctica por la propia dinámica negocial en tanto que durante todo el proceso de consultas los integrantes de la comisión tendrán que tener acceso a una información suficiente para poder acometer con ciertas garantías el procedimiento de consultas, y aunque *stricto sensu*, estos trabajadores designados no pueden ser calificados como representantes legales, conforme a lo dispuesto en el Título II del ET, las funciones que desarrollan les sitúan en un «limbo» jurídico en tanto que actúan, de facto, como representantes sin tener arrogada tal cualidad y quizás más importante sin clarificar si su actividad está protegida por las garantías contenidas en el art. 68 ET para el desempeño de la labor representativa.

No podemos compartir que los trabajadores designados para formar parte de la comisión no conformen una nueva instancia representativa que actúa como órgano colegiado sino que estamos simplemente ante unos meros portavoces de los trabajadores". Justo al contrario, la función de estas comisiones es la de asumir la representación de los trabajadores en la empresa mediante la atribución conferida a estos trabajadores por sus compañeros y a la que el propio legislador dota de una habilitación legal. Ambos factores (funciones y reconocimiento normativo) fuerzan a admitir que las personas que integran dichas comisiones han de quedar protegidas por el ordenamiento laboral de los actos de obstaculización del ejercicio de su actividad por terceros, especialmente por el empresario, de la misma manera que deberán quedar vinculados por el deber de sigilo o secreto profesional".

##### 11.4.1. Competencias, garantías y facilidades

El ordenamiento protege a los representantes legales de los trabajadores con las debidas garantías (art. 68 ET) y les reconoce determinadas competencias (art. 64 ET), para defender intereses colectivos al tiempo que le otorga facilidades, especialmente el crédito horario, para que esta labor representativa pueda desempeñarse con eficacia. Sin embargo, la Ley 35/2010 no ha extendido esta protección a los trabajadores electos para formar parte de las comisiones aunque convendremos en la necesidad de extender, *mutatis mutandis*, las competencias, garantías y facilidades a estos trabajadores si bien solo en la medida en que estas sean necesarias para ejercer las competencias de negociación.

<sup>48</sup> ALFONSO MELLADO, A. «Las medidas para incrementar la flexibilidad interna». AAVV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*. Op. cit., p. 112.

<sup>49</sup> DE LA VILLA, *Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010*, Op. cit., p. 6.

Así, parece claro que los trabajadores designados tendrían que tener derecho a la misma documentación que se facilitaría a la representación legal para que pudiesen valorar la pertinencia de las causas que motivan la decisión empresarial así como la justificación esgrimida de las medidas a adoptar. Esta información, analizada exhaustivamente en otro capítulo del presente trabajo, es el principal elemento de juicio para que los integrantes de la comisión puedan adoptar una decisión cabal y razonada en el período de consultas; durante este tiempo habrá un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa, en este caso, la *comisión ad hoc*, garantizando que el empresario tenga un conocimiento certero del criterio de la comisión antes de que adopte o ejecute la decisión legal.

De otra parte, los trabajadores designados deberían tener reconocidos como permiso retribuido el tiempo destinado a las negociaciones y a la valoración y estudio de la información suministrada por la empresa durante el período de consultas. No se pretende aquí extender el crédito horario regulado en el art. 68.e) ET a los trabajadores designados sino reconocer como permiso retribuido el tiempo necesario para el correcto desenvolvimiento del período de consultas. El apoyo normativo de esta propuesta se contendría en el art. 37.3.e) ET que califica técnicamente como permiso de trabajo con derecho a remuneración, previo aviso y justificación, el tiempo empleado para realizar funciones sindicales o de representación del personal y parece claro que la participación en el trámite de consultas es una actividad que el trabajador hace en representación de sus compañeros.

Además el legislador no desconoce este tipo de permisos retribuidos, toda vez que el art. 9.2 LOLS señala que los «representantes sindicales que participan en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, manteniendo su vinculación como trabajador en activo en alguna empresa, tendrán derecho a la concesión de permisos retribuidos que sean siempre necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadoras, siempre que la empresa esté afectada por la negociación». Nótese que con esta redacción no se requiere para tener derecho a este permiso que el trabajador ostente ningún cargo sindical ni siquiera se exige un vínculo afiliativo, basta con un mandato específico, un poder de representación o una mera designación a estos exclusivos efectos por parte del sindicato a un trabajador en concreto, siempre, claro está, que la empresa se vea afectada por la negociación. Estamos ante un derecho instrumental que no es otro que hacer posible la dedicación transitoria u ocasional del trabajador a la negociación de un convenio colectivo"; argumentos igualmente trasladables a la negociación durante el período de consultas tanto en las reuniones propiamente dichas como en el trabajo preparatorio de las mismas (análisis de datos, estudio de propuestas, etc).

Pero quizás la deficiencia más importante en lo que hace a la protección de los trabajadores designados es que no se prevea una extensión de las garan-

---

o GARCÍA MURCIA, J; ARGUELLES CASTRO, M. A. Art. 9. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F (Dir.). *Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 2010, p. 552.

tías contenidas en el art. 68 ET. En el ánimo de proteger la actividad representativa, el ET prevé que los representantes gocen de una serie de garantías para el ejercicio de su labor; protección que ha sido extendida a otros sujetos en la propia ordenación legal de estos órganos. Así, también serán titulares de estas garantías los «delegados de personal y miembros de las Juntas de Personal en el ámbito de la Administración» —art. 41 EBEP—, los delegados sindicales de secciones sindicales con presencia en los comités de empresa —art. 10.3 LOLS—, los «delegados de prevención» así como los trabajadores designados para la realización de funciones preventivas y los trabajadores del servicio de prevención —art. 37.1 y 30.4 LPRL— y, en el caso de que no ostente la cualidad legal de representante los miembros de comités de empresa europeos —art. 28.1 LDIC.

Sin embargo, la Ley 35/2010 no ha previsto extender esta protección a los trabajadores designados por sus compañeros para integrar estas comisiones a pesar de que también podrían sufrir determinadas «represalias» por su participación en dicho proceso negociador. En un marco más general, la existencia de estas garantías se justifica por la necesidad de preservar a los representantes del poder sancionador —directo o indirecto— del empleador, ofreciéndoles una protección eficaz frente a todo acto que pueda perjudicarles en su relación estrictamente contractual como consecuencia de su actividad representativa en la que, no puede olvidarse, está personificando un interés colectivo, jurídicamente protegido<sup>51</sup>; estos argumentos serían extrapolables a la labor que desempeña el trabajador designado durante el período de consultas, de ahí que propongamos la necesidad de una modificación normativa en el sentido de establecer una doble garantía al trabajador designado que se materializaría tanto en la prohibición de despedir o sancionar a estos trabajadores durante el período de consultas como en la extensión de esta protección durante el año siguiente a la finalización de dicho período. Esta «inmunidad» a la actividad desplegada por estas comisiones favorecería, en un marco más general, la composición de las mismas en tanto que los trabajadores designados sabrían que su labor está protegida por las reglas generales aplicables a los representantes electos.

#### 11.4.2. Capacidad procesal

Con el ánimo de desjudicializar los procesos de reorganización productiva empresarial, la Ley 35/2010 ha incorporado una nueva regla relativa a los efectos de la finalización del período de consultas con acuerdo en el sentido de que en estos casos se presumirán concurrentes las causas que justifican tal decisión, de modo que dichos acuerdos sólo podrán ser impugnados antes la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Esta previsión supone dar carta de naturaleza a una corriente jurisprudencial que entendía concurrente la causa si se había alcanzado un acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, incluso aun-

<sup>51</sup> TUDELA CAMBRONERO, G. Art. 68. AAVV. DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Op. cit., p. 1145.

que la empresa no hubiese acreditado fehacientemente la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción'.

Junto a la limitación que supone esta regulación en lo que hace a la impugnación de los acuerdos alcanzados, habrá que tener en cuenta además la problemática que suscita el silencio del legislador en relación a la posible capacidad procesal de los trabajadores designados para este período de consultas. Con carácter general, el art. 65.1 ET atribuye a los órganos unitarios de representación «capacidad para ejercer acciones administrativas o judiciales» aunque únicamente en lo relativo «al ámbito de sus competencias», y este reconocimiento es importante, porque supone la atribución para ser parte y de capacidad procesal a unos órganos que en otro caso no la tendrían, pues carecen de personalidad jurídica". No obstante, tal reconocimiento no supone la atribución de una «capacidad general representativa» sino que solo actuarán en nombre del conjunto de los trabajadores cuando se sustancien pretensiones de carácter colectivo, conforme a lo dispuesto en los arts 152.c) y art. 163 LPL. En lo que hace a la representación sindical en la empresa articulada en secciones y delegados sindicales, su capacidad para ser parte y su capacidad procesal deriva directamente de las normas internas del sindicato, habida cuenta que podrán actuar procesalmente mediante apoderamientos del órgano del sindicato con capacidad representativa'.

Ambos órganos, unitarios y sindicales, tienen reconocida por ley la capacidad para ser parte en el proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo y en la modalidad procesal de conflictos colectivos. Sin embargo, la Ley 35/2010 no ha modificado la Ley de Procedimiento Laboral en el sentido de extender esta legitimación a las comisiones estudiadas lo que plantea dos problemas de gran transcendencia práctica:

En primer lugar, de la propia configuración legal parece que la comisión y, por ende, su legitimación representativa se agota una vez concluido el período de consultas o antes si ambas partes han decidido la sustitución de este período por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación. Extinguida esta comisión, habremos de plantearnos cuál es la relación procesal que habría de constituirse si un trabajador individualmente considerado, alcanzado un acuerdo modificativo entre la empresa y una comisión, decide impugnar judicialmente el pacto suscrito. Como es sabido, si un trabajador se ve afectado por una modificación podrá impugnar la decisión empresarial, conforme a lo procedimiento contenido en el art. 138 LPL, en el plazo de veinte días hábiles siguientes a la notificación de la decisión, y en el caso de que la modificación haya sido pactada con los representantes legales de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el art. 138.2 LPL, éstos también deberán ser demandados.

---

STS 11.5.2004 (R.' 95/2003).

<sup>33</sup> DESDENTADO, A.; DE LA PUEBLA, A. «La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal». TS, n.º 166, 2004, p. 11.

DESDENTADO, A.; DE LA PUEBLA, A. «La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal». *Op. cit.*, p. 11.



La legitimación pasiva corresponde, en consecuencia, al empresario que ha impuesto la alteración sustancial pero también a los representantes si el acuerdo se ha suscrito con los mismos. En este sentido, parece que si el acuerdo colectivo ha sido pactado con una comisión, designada conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET, el trabajador disconforme con la decisión tendrá que demandar también a los integrantes de la comisión no tanto como representantes legales sino como signatarios del acuerdo, so pena de que la no inclusión en la demanda a los representantes legales, en este caso a las personas integrantes de la comisión que hubiesen suscrito el acuerdo modificativo, implique la declaración de nulidad de todo lo actuado a partir del momento de admisión de la demanda'.

Habida cuenta que la adopción del acuerdo, cuando no existen representantes legales, se alcanza con «el voto favorable de la mayoría de los miembros», puede ocurrir que el acuerdo sea suscrito solo por dos de los tres integrantes de la comisión si bien la demanda debiera dirigirse a la totalidad de los miembros de la comisión, nominativamente identificados, y no solo a los que votaron a favor de la adopción del acuerdo", en tanto que obtenida la mayoría, la decisión vincula a todos los integrantes de la comisión. Lo antedicho será de aplicación tanto a la comisión sindical como a la comisión laboral, teniendo que ser demandados los trabajadores integrantes de las mismas o las personas que por mandato del sindicato actúen como interlocutores y la justificación de este litisconsorcio pasivo necesario está en su condición de signatarios del acuerdo y no por su condición de representantes legales, puesto que hemos señalado que no lo son".

En segundo lugar, cabría plantearse si es posible el ejercicio de acciones colectivas por estas comisiones y especialmente si las mismas pueden ostentar legitimación activa en el procedimiento de conflicto colectivo. La jurisprudencia ha sido muy clara en este sentido señalando que sólo podrán personarse como parte en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, las organizaciones empresariales representativas y los órganos de representación legal o sindical, lo que excluiría la intervención directa de estas comisiones".

Las comisiones, creadas al albor del art. 41.4 ET, no están legitimados ni activamente ni pasivamente para la constitución de la relación procesal cuando se sigue el cauce contenido en el art. 151 LPL pues aunque pudiese apreciarse la adecuación del procedimiento conforme a lo dispuesto en el art. 40.2. ET y 41.5 ET" que refiere que los conflictos colectivos en materia de

---

<sup>55</sup> También se reconoce legitimación de cada trabajador individualmente considerado para impugnar la resolución administrativa que autoriza un expediente de regulación de empleo, vid STS 6.11.2000 (R.º 279/1995);

<sup>56</sup> RUBIO DE MEDINA, M. D. *El proceso sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo*. Barcelona: Bosch, 2000. p. 30.

<sup>57</sup> Con reservas en lo que hace a la comisión laboral por considerarla una mera portavocía pero admitiendo finalmente la necesidad de demandarlos, ALFONSO MELLADO. C. A. Las medidas para incrementar la flexibilidad interna en la Ley 35/2010. *Op. cit.*, p. 115

<sup>58</sup> STC 12/2009; STS 20.2.2008 (R.º 4680/2006).

<sup>59</sup> STS 18.6.2001 (R.º 2462/2000); STSJ País Vasco 22.2.2005 (R.º 127/2005)

traslados y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo se sustanciarán a través de esta modalidad procesal, entendemos que esta comisiones carecen de legitimación activa para promover este proceso. Y ello en base a los siguientes argumentos:

Conforme a lo dispuesto en el art. 152 LPL, la capacidad procesal se ciñe a los sujetos colectivos, con la salvedad o ficción de considerar esta consideración también al empresario individual cuando se trata de conflictos de ámbito empresarial o inferior. En ningún caso los trabajadores, individualmente considerados pueden ser demandantes o demandados en procesos de conflicto colectivo sino que las partes en un conflicto colectivo deben ser «sujetos colectivos» que representen los intereses generales del grupo al que defienden. En este contexto, las normas procesales pueden exigirle algunos requisitos con el objetivo de asegurar que estos sujetos tienen cierta capacidad para representar al colectivo cuyos intereses protegen.

Este alcance general implica la configuración de reglas específicas de legitimación; así, la LPL otorga legitimación activa para actuar como demandantes en conflictos colectivos a los sindicatos y organizaciones empresariales cuyo ámbito se corresponda o sea superior al ámbito del conflicto [art. 152.a) y 152.b) LPL], y a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior.

La regulación legal y la interpretación jurisprudencia' constante e invariable sobre el proceso de conflicto colectivo, según las que solo pueden figurar como demandantes o demandados en ese procedimiento sujetos colectivos o de dimensión colectiva, incluyéndose al empresario en base a que este procedimiento posee una conexión estructural con la autonomía colectiva', sitúa en una posición indeterminada a las comisiones analizadas en el presente artículo.

Si estas comisiones actúan en representación de la totalidad de los trabajadores afectados por la vicisitud, cabría plantearse si pueden ser consideradas «sujetos colectivos» y derivada de esta calificación, si gozarían de capacidad procesal en la modalidad procesal de conflictos colectivos. En segundo lugar, podríamos plantearnos si esta falta de legitimación también se apreciaría en el hipotético caso de que la comisión estuviese integrada por representantes legales de la empresa pero que presten servicios en otro centro de trabajo. Como hemos sostenido, consideramos plausible esta posibilidad si bien conforme a la jurisprudencia reiterada que establece que si el proceso de conflicto colectivo solo afecta a un único centro de trabajo, los representantes legales de otro centro no tendrían legitimación para impulsar el procedimiento de conflicto colectivo, conforme al principio de correspondencia entre el ámbito del conflicto y el de su representación'.

---

« KOLDO SANTIAGO, M. «Tres aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva: renuncia al ejercicio de acciones judiciales, sujeción a los hechos probados de otro proceso y falta de legitimación pasiva n procesos de conflicto colectivo», *RL*, n.º 17, 2010. [www.laleylaboral.com](http://www.laleylaboral.com). STS 21.3.2006 (R.º 1044/2005). Sobre esta controversia, PALOMO BALDA, E. Competencias procesales. AAVV. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R; MERCADER UGUINA, J.R. (Coords.). *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*. Op. cit., pp. 197 a 200.

No podemos obviar, llegados a este punto, que los Tribunales han negado legitimación activa a otros entes asociativos, tanto a una asociación de empleados, jubilados y pensionistas en base a que no podía ser calificado como un sujeto colectivo, a los efectos del art. 152 LPL, pues dicha asociación no era un sindicato ni una organización integrada en uno de ellos ni ostentaba la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en la empresa, como a un delegado de prevención o a los trabajadores directamente elegidos en asamblea democrática. La doctrina judicial es concluyente en este sentido al señalar que la modalidad procesal de conflictos colectivos establece una determinación taxativa de los sujetos legitimados que no hace posible una interpretación extensiva', al ser la legitimación «ad processum» una cuestión de orden público procesal.

La vigente LPL únicamente otorga legitimación activa, por lo que a la parte social se refiere, para promover demanda mediante la modalidad procesal de conflicto colectivo a los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto y a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior, nada se habla de otro tipo de representación cual pudiera ser la de los representantes de los trabajadores elegidos en asamblea democrática de estos realizada de acuerdo con las previsiones de los artículos 77 y 78 ET o las comisiones objeto de análisis en el presente trabajo. La razón es sencilla, dentro de las diversas opciones que se presentaban al legislador, este optó por favorecer un modelo de organización obrera que tiene su reflejo en el Título II del ET y un modelo de desarrollo sindical que se concreta en la LOLS, y que tienen, ambos, su reflejo en normas como la LPL".

A pesar de la solidez argumental, consideramos necesario extender la legitimación activa en esta modalidad procesal (con la correspondiente modificación normativa, claro está) a las comisiones estudiadas y ello en base a los siguientes motivos:

En primer lugar por una razón de economía procesal; como es sabido, la sentencia que se dicte en la modalidad procesal de conflictos colectivos será inmediatamente ejecutiva, con independencia de los recursos planteados contra ella (art. 158.2 LPL), y el efecto de cosa juzgada se extiende más allá de las partes que participaron en el proceso, desplegando una eficacia *erga omnes* en el ámbito del conflicto. Incluso el art. 138.3 LPL prevé la suspensión del proceso individual si una vez iniciado el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo. Si se niega legitimación a las comisiones para accionar por esta modalidad procesal, los pleitos derivados de una misma vicisitud colectiva tendrían que dirimirse por la modalidad contenida en el art. 138 LPL y no podría dictarse una sentencia constitutiva que se pronuncie sobre la legalidad de la actuación empresarial de efectos

---

<sup>60</sup> STS 3.6.1996 (R.º 1814/1995); STSJ Galicia 18.7.2002 (R.º 3395/2002).  
STSJ Cataluña 12.9.2001 (R.º 2352/2001).

colectivos en el sentido de revocar o confirmar la decisión adoptada por la empresa".

En segundo lugar porque, a nuestro juicio, estas comisiones son sujetos colectivos que representan un interés colectivo (el de la totalidad de sus compañeros afectados por la vicisitud) a los que la Ley habilita para suscribir acuerdos de eficacia personal general.

Existe un tercer argumento que reforzaría la necesidad de una modificación normativa en este sentido, y es el hecho de que con la actual regulación esta falta de legitimación sólo sería predicable de la comisión laboral pues la comisión designada por los sindicatos es un órgano del sindicato, eso sí, de carácter temporal y sin personalidad jurídica que actúa en la empresa por mandato del sindicato. Habida cuenta que el sindicato está directamente legitimado para interponer una demanda en el proceso de conflicto (siempre que el ámbito de incidencia del conflicto se corresponda o sea inferior al más amplio de actuación del sindicato, —apdo. a) art. 152 LPL-<sup>0</sup>), la persona-ción en el proceso será una decisión interna del sindicato que podrá, conforme a las reglas generales de representación, atribuir esta legitimación a los integrantes de la comisión sindical, como representantes de sindicato u a otra persona. En este sentido, los Tribunales ya han admitido la legitimación a una confederación sindical para defender los intereses de una sección sindical de empresa de la propia confederación aunque nada hubiera impedido que tal sección asumiera directamente la posición de demandante'.

## ADENDA TRAS EL RD-LEY 3/2012, DE 10 DE FEBRERO

Con el objetivo declarado de incrementar los mecanismos de flexibilidad interna, el RDL 3/2012 ha modificado notablemente el procedimiento para alterar las condiciones de trabajo acudiendo al art. 41 ET. Como es sabido hasta la aprobación del RDL 3/2012, el procedimiento difería en función del origen normativo de la condición que se quería alterar, siendo cualitativo el criterio para calificar la modificación como individual o colectivo; así, el propio precepto consideraba de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutasen los trabajadores a título individual y de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos [art. 41.2 ET], salvedad hecha de las modificaciones relativas a funciones y horarios en las que el criterio para calificar como individual o colectivo dicha modificación estaba determinado por el número de trabajadores afectados por la medida.

La propia Exposición de Motivos del RDL establece que uno de sus objetivos es «simplificar la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colee-

<sup>\*</sup> AAVV. *Memento Procedimiento Laboral 2009-2010*. Madrid: Francis Lefebvre, 2010, p. 830.

<sup>65</sup> RENTERO JOVER, J. «Intervención del sindicato en el proceso laboral». AAVV. *Derecho colectivo*. Madrid: CGPJ, 2003, p. 278.

66 STS 10.12.1996 (R.º 1654/1996).

tivas», y para ello rompe con la regulación precedente hasta el punto de que la modificación será calificada como colectiva o individual en función del porcentaje de trabajadores afectados por la medida y no por la fuente reguladora de la condición que se pretende alterar (contrato, convenio, pacto de empresa, etc). Esta primera novedad, de enorme transcendencia práctica, supone que el procedimiento para modificar condiciones de trabajo se hará pivotar sobre el número de trabajadores afectados, siendo un elemento cuantitativo el que determina la observancia de un procedimiento más garantista como es la apertura de un período de consultas. Se elimina, de este modo, la referencia al origen normativo de la condición y el único criterio para calificar a una modificación sustancial como colectiva, con independencia de la materia a tratar, es el número de trabajadores afectados, apartándose del criterio anterior en el que, como es sabido, solo las modificaciones relativas a funciones y horarios se calificaban como individuales o colectivas en función del número de trabajadores afectados.

Otra de las novedades de mayor calado del RDL 3/2012 es la notable flexibilización de las causas que pueden justificar la adopción de medidas que impliquen una movilidad geográfica o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en tanto que podrá considerarse concurrente la causa siempre que las razones esgrimidas «estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial».

Con todo, la novedad más significativa (y que mayores interrogantes plantea respecto a su articulación) es la posibilidad de modificar las siguientes condiciones pactadas en un convenio estatutario: a) jornada de trabajo; b) horario y la distribución del tiempo de trabajo; c) régimen de trabajo a turnos; d) sistema de remuneración y cuantía salarial; e) sistema de trabajo y rendimiento; f) funciones y g) mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, siempre que concurran causas que justifiquen tal decisión (nueva redacción dada al art. 41.6 ET que remite respecto a las causas a lo dispuesto en el art. 82.3 ET).

Se posibilita, de este modo, el descuelgue sobre la práctica totalidad de condiciones con contenido económico a diferencia de lo que ocurría con la anterior legislación que establecía una limitación material respecto a las condiciones pactadas en convenio estatutario, habida cuenta que la alteración solo podía referirse a las siguientes materias: a) horario y distribución del tiempo de trabajo; b) régimen de trabajo a turnos; c) sistema de remuneración; d) sistema de trabajo y rendimiento, y e) funciones, cuando excediesen de los límites que para la movilidad funcional preveía el artículo 39. Sin perjuicio de otras valoraciones más críticas sobre aspecto, cuya cabida no es posible en esta breve adenda (especialmente el posible arbitraje obligatorio previsto en el art. 82.3 ET), es muy factible sostener que en un plazo breve de tiempo se incrementarán los procedimientos de descuelgue convencionales y, en consecuencia, se incrementará el recurso a estas comisiones como interlocutor para este período de consultas en empresas que no cuenten con representación legal.

De otra parte, la dimensión de la empresa desempeña una importante función en la determinación del régimen jurídico en otros procesos de reorganización productiva empresarial, como traslados y expedientes extintivos de regulación de empleo. Es más, la delimitación entre individual o colectivo se hace depender del número de trabajadores afectados por la medida del empresario, teniendo en cuenta que la superación de estos umbrales supone exige la apertura de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores (o, en su defecto, con la comi-

Sión *ad hoc*) para analizar las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y obtener, en el caso de que la medida fuese incorporada en un expediente de regulación de empleo (en los EREs temporales con independencia del número de trabajadores afectados), la preceptiva autorización de la Autoridad Laboral. Una de las modificaciones más relevantes contenidas en el RDL 3/2012 es la supresión de esta autorización administrativa previa tanto para los expedientes temporales como para los definitivos al tiempo que se suprime la potestad otorgada a la autoridad laboral para paralizar la efectividad del traslado, en atención a las posiciones de las partes y observando las consecuencias económicas o sociales de tal medida.

En un marco más general, lamentamos que el RDL 3/2011 haya supuesto una involución para la regulación de las comisiones paritarias iniciada con el RDL 7/2011 que, como es sabido, optó por ampliar notablemente sus competencias. Entre los nuevos cometidos se contemplaba la «intervención que se acuerde en los supuestos de modificación sustancial de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa», (previsión contenida en el ya derogado art. 85.3.h) —apdo 4º \_\_\_\_\_ ET y que solo tenía virtualidad en la negociación colectiva sectorial y no en los convenios estatutarios de empresa que necesariamente tenían que negociarse con una representación legal, unitaria o sindical, inexistente hasta ese momento). Pues bien el RDL 3/2012 ha eliminado esta referencia y solo establece como contenido mínimo «la designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83».

A pesar de lo anterior, en el hipotético caso que la comisión paritaria de un convenio sectorial incorporase alguna regulación autónoma sobre las comisiones objeto del presente trabajo, dicha previsión tendrá que partir de la premisa de que la opción por una u otra comisión se mantiene como un derecho de los trabajadores, de modo que la intervención que, en su caso, acuerde la comisión paritaria podrá establecer quiénes van a ser los concretos mandatados del sindicato o cuál es la información que van a solicitar a la empresa, siempre, claro está, que los trabajadores hayan optado por la comisión sindicalizada.